

<b>§ 97 Abs. 1 GWB<sup>1</sup> bestimmt den Grundsatz, dass öffentliche Aufträge im Wettbewerb zu vergeben sind!</b>		
<p>Von dem Grundsatz zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Wettbewerb gibt es Ausnahmen: Eine Ausnahme hiervon bildet § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Nach dieser Vorschrift dürfen öffentliche Aufträge zur Durchführung von</p> <p style="text-align: center;"><b>"Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen"</b></p> <p>ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens vergeben werden.</p>		
<b>I. Was sind "Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen" ?</b>		
<p>Es handelt sich dabei um Dienstleistungen über Forschung und Entwicklung, die allgemein der Gewinnung neuer Erkenntnisse dienen. Dies können insbesondere folgende Dienstleistungen sein:</p>		
<p><b>1. <u>GRUNDLAGENFORSCHUNG</u><sup>2</sup>:</b></p> <p>umfasst experimentelle oder theoretische Arbeiten, die hauptsächlich dem Erwerb von neuem Grundlagenwissen über Phänomene oder beobachtbare Tatsachen ohne erkennbare direkte praktische Anwendungsmöglichkeiten dienen.</p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein
<p><b>2. <u>EXPERIMENTELLE ENTWICKLUNG</u><sup>3</sup>:</b></p> <p>umfasst Arbeiten auf der Grundlage von vorhandenen, aus Forschung und/oder praktischer Erfahrung gewonnenen Kenntnissen zur Initiierung der Herstellung neuer Materialien, Produkte oder Geräte, zur Entwicklung neuer Verfahren, Systeme und Dienstleistungen oder zur erheblichen Verbesserung des bereits vorhandenen. Experimentelle Entwicklung kann Herstellung von technologischen Demonstrationssystemen, d. h. von Vorrichtungen zur Demonstration der Leistungen eines neuen Konzepts oder einer neuen Technologie in einem relevanten oder repräsentativen Umfeld einschließen. Auch Tätigkeiten der Planung, Konzeption oder Dokumentation neuer Produkte, Verfahren oder Dienstleistungen können dazuzählen.</p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein

<sup>1</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 3 des Gesetzes vom 9. März 2021 (BGBl. I S. 327) geändert worden ist.

<sup>2</sup> OECD (2018), Frascati-Handbuch 2015: Leitlinien für die Erhebung und Meldung von Daten über Forschung und experimentelle Entwicklung, Messung von wissenschaftlichen, technologischen und Innovativtätigkeiten, OECD Publishing, Paris, Seite 53. (Nachfolgend zitiert: OECD 2018, Seite).

<sup>3</sup> OECD 2018, S. 53.

<p>3. <b>ANGEWANDTE FORSCHUNG<sup>4</sup>:</b></p> <p>umfasst auch Originalarbeiten zur Erlangung neuer Erkenntnisse. Sie ist jedoch in erster Linie auf ein spezifisches praktisches Ziel oder einen spezifischen praktischen Zweck ausgerichtet. Es werden bereits vorhandene Erkenntnisse berücksichtigt und diese in Bezug auf konkrete Probleme erweitert. Ziel ist die Entwicklung neuer Produkte, Verfahren oder Methoden oder die wesentliche Verbesserung derselben.</p>	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> Nein	
<p><b>II. ABER</b></p>			
<p>Nicht jede Dienstleistung, die darauf gerichtet ist, konzeptionelle Leistungen zu erbringen oder an deren Ende eine Planung stehen soll, ist eine Forschungs- und Entwicklungsdienstleistung. Die jeweilige Forschungs- bzw. Entwicklungstätigkeit <b><u>muss zudem folgende fünf Kriterien<sup>5</sup> a) bis e) zusammen erfüllen.</u></b></p> <p>Sie muss also</p> <div style="background-color: #e1f5fe; padding: 10px; margin: 10px 0;"> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) <b>neuartig,</b></li> <li>b) <b>schöpferisch,</b></li> <li>c) <b>ungewiss in Bezug auf das Endergebnis,</b></li> <li>d) <b>systematisch,</b></li> <li>e) <b>übertragbar und/oder reproduzierbar</b></li> </ul> </div> <p>sein.</p> <p><b>HINWEIS:</b> Bei der Prüfung der Art der Forschungs- oder Entwicklungstätigkeit (Grundlagenforschung, angewandte Forschung, experimentelle Forschung) ist die Bejahung einer Art ausreichend.</p>			
<p><b>a) Neuartigkeit</b></p>	<p>Das Ziel der FuE-Tätigkeit muss die Gewinnung neuer Erkenntnisse sein. Maßgeblich ist hierbei v. a. der bisher existierende Kenntnisstand der jeweiligen Branche. Nicht neuartig sind gewonnene Erkenntnisse durch Kopie, Nachahmung und Reverse Engineering.</p> <p>Erfasst sind aber abweichende Erkenntnisse, welche sich aus einer Reproduktion eines bestehenden Ergebnisses ergeben. Im Bereich der experimentellen Entwicklung zählen als neuartig auch Projekte mit dem „Ziel der Wissensgenerierung, zur Unterstützung der</p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein

<sup>4</sup> OECD 2018, S. 54.

<sup>5</sup> OECD 2018, S. 47 ff.

	<p>Entwicklung neuer Konzepte und Ideen im Zusammenhang mit der Gestaltung neuer Produkte oder neuer Verfahren<sup>6</sup>.“</p> <p><u>Nicht erfasst sind Konstruktion/Konstruieren:</u> Hierbei werden meist nur bekannte Kombinationsprinzipien zusammen angewendet und es handelt sich um ein Gestalten von Produkten, sodass es an dem Merkmal der Innovation bzw. Neuwertigkeit fehlt.</p>		
<b>b) schöpferische Tätigkeit</b>	<p>Durch die Aktivität muss der Stand der Kenntnis erweitert werden. Es darf sich nicht um bloße Routineveränderungen an Produkten oder Verfahren handeln. Das FuE-Vorhaben muss auf originären, nicht offensichtlichen Konzepten und Hypothesen beruhen. Erforderlich ist die Mitwirkung eines Forschers.</p> <p>„Forscher sind Fachkräfte, die mit der Konzipierung und Hervorbringung neuer Kenntnisse befasst sind. Sie betreiben Forschung und verbessern bzw. entwickeln Konzepte, Theorien, Modelle, Techniken, Instrumente, Software und Verfahren<sup>7</sup>.“</p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein
<b>c) Ungewissheit in Bezug auf das Endergebnis</b>	<p>Der zeitliche Aufwand oder die Kosten sind i. d. R. nicht exakt zu bestimmen. Auch ist es i. d. R. ungewiss, ob die gesetzten Ziele/angestrebten Ergebnisse erreicht werden. Die Ungewissheit ist v. a. entscheidendes Unterscheidungsmerkmal bei Prototypenentwicklungen dahingehend, ob sie dem FuE-Bereich zugeordnet werden oder nicht. Dienen die Prototypen dazu, technische Konzepte und Techniken zu testen und ist die spätere Anwendbarkeit dieser Prototypen ungewiss, fallen sie unter FuE-Vorhaben. Dienen die Prototypen als Pilotanlagen zum Erwerb technischer oder rechtlicher Zertifizierungen, fallen sie nicht unter FuE-Vorhaben.</p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein
<b>d) Systematik</b>	<p>Der gesamte Prozess des Vorhabens muss einem vorher festgelegten Plan folgen. Zu dem Plan zählen auch</p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein

<sup>6</sup> OECD 2018, S. 49.

<sup>7</sup> OECD 2018, S. 191.

	der Zweck des Vorhabens und die Finanzierungsquellen. Dies umfasst auch die Dokumentation der einzelnen Verfahrensschritte sowie der Ergebnisse (Zwischenergebnisse, Fehlschläge usw.). Auch umfasst ist die vorherige Kalkulation benötigter Ressourcen wie u. a. Personal, Geräte, Budget.		
<b>e) Übertragbarkeit/Reproduzierbarkeit</b>	Der existierende Wissensstand muss durch das Ergebnis eines FuE-Vorhabens erweitert werden. Dies bedeutet, das neu gewonnene Wissen muss auch im Rahmen anderer Forschungsprojekte eingesetzt und angewandt werden können.	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein

**Beispiel:**

Handelt es sich also um ein Vorhaben auf dem Gebiet der Grundlagenforschung oder der angewandten Forschung oder der experimentellen Forschung und ist die Tätigkeit (**gleichsam! a) neuartig, b) schöpferisch, c) ungewiss in Bezug auf das Endergebnis, d) systematisch und e) übertragbar**, liegt eine Forschungs- und Entwicklungsdienstleistung vor, die grundsätzlich ausschreibungsfrei ist, wenn keine Rückausnahme greift (siehe unten **Ziffer III**).

**Beispiel:**

Wenn also keine Forschungs- oder Entwicklungsleistung vorliegt, dann gibt es auch **KEINE** Freistellung vom Vergaberecht nach § 116 GWB. Die Auftragsvergabe unterliegt in einem solchen Fall den vergaberechtlichen Regelungen; eine Ausschreibung ist erforderlich!

**Beachte\*\*):**

Werden mit der Forschungs- und Entwicklungsleistung auch andere Dienstleistungen vergeben, dürfen diese allenfalls von ganz untergeordneter Bedeutung sein. Ist dies nicht der Fall, muss im Einzelfall und im Detail geprüft werden, ob die Ausnahme des § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB greift.

**III. ABER**

Selbst wenn ein Auftrag über eine Forschungs- und Entwicklungsdienstleistung vergeben werden soll, der alle zuvor genannten Voraussetzungen erfüllt (siehe grüne Markierungen), unterliegt dieser Auftrag dennoch dem Vergaberecht, wenn die **sog. Rückausnahme in § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB** greift.

**Die Rückausnahme greift** dann (es muss also ausgeschrieben werden), **wenn ALLE nachfolgenden Voraussetzungen von Ziffer (1) bis (3) zusammen erfüllt sind.**

Voraussetzungen der Rückausnahme*) (1) bis (3):			
<p><b>(1) Eine Dienstleistung,</b> die unter eine der in § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB genannten CPV- Nummern fällt:</p>	<p>CPV-Code gemäß § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB:</p> <p>1. <u>73000000-2</u></p> <p><b>(Forschungs- und Entwicklungsdienste und zu- gehörige Beratung)</b></p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein
	<p>2. <u>73120000-3</u></p> <p><b>(Dienstleistungen im Bereich Forschung und ex- perimentelle Entwicklung)</b></p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein
	<p>3. <u>731120000-0</u></p> <p><b>(Meeresforschungsdienste)</b></p>	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> Nein
	<p>4. <u>73120000-9</u></p> <p><b>(experimentelle Entwicklung)</b></p>	<input type="checkbox"/> ja	<input type="checkbox"/> Nein
	<p>5. <u>73300000-5</u></p> <p><b>(Planung und Ausführung von Forschung und Entwicklung)</b></p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein
	<p>6. <u>73420000-2</u></p> <p><b>(Vordurchführbarkeitsstudie und technologi- sche Demonstration)</b></p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein
	<p>7. <u>73430000-5</u></p> <p><b>(Test und Bewertung)</b></p>	<input type="checkbox"/> Ja	<input type="checkbox"/> Nein
<p>*) <b>HINWEIS:</b></p> <p>Nicht unter die Rückaus- nahme fallen, d. h. vom Vergaberecht freigestellt sind Forschung und Entwicklung für Sicherheits- und Verteidi- gungsgüter, sowie Militärfor- schung und Militärtechnolo- gie.</p>			

<p>(2) <b>UND</b> bei der die Ergebnisse ausschließ-lich Eigentum der BGE für ihren Gebrauch bei der Ausübung ihrer ei-genen Tätigkeit wer-den,</p>	<p>Ausschließliches Eigentum meint, „wem das Er-gebnis gehört“, „wem das Nutzungsrecht zu-steht“, „wem die Verwertung (am Markt) zu-kommt“.</p> <p><u>Zur Abgrenzung:</u> Bei Beteiligung des Auftragnehmers an Nut-zungs-rechten, z. B. durch Verwendung des ent-wickelten Produkts für eigene Zwecke im An-schluss an den Forschungsauftrag, oder bei Ein-räumung von Nutzungsrechten an einzelne Per-sonen ist eine vom Vergaberecht freigestellte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistung zu bejahen.</p> <p><b>Nicht! ausreichend</b> ist es, lediglich sämtliche mit dem Vertragsgegenstand in Zusammenhang ste-hende Veröffentlichungen der Allgemeinheit/Öf-fentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Erforderlich ist die Veröffentlichung des vertragsgegenständ-lichen Forschungsergebnisses selbst.</p> <p><u>Beschaffung für Gebrauch des öffentlichen Auf-traggebers zu eigener Tätigkeit:</u> bedeutet, dass der Beschaffungszweck entschei-dend ist. Dient die Beschaffung der Eigenbe-schaffung des Auftraggebers für die eigene Tätig-keit, ist die Rückausnahme erfüllt.</p> <p>Nur wenn der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Beauftragung keine Nutzungsabsicht hat, ist das Tatbestandsmerkmal zu verneinen. Eigene Tätig-keit des Auftraggebers bedeutet in seinem Auf-gabenbereich liegend.</p>	<p><input type="checkbox"/> Ja</p>	<p><input type="checkbox"/> Nein</p>
<p>(3) <b>UND</b> die Dienstleis-tung vollständig durch die BGE vergütet wird.</p>	<p>Hierfür reicht es aus, auf eine vollständige Vergü-tung seitens der BGE zu verzichten, d. h. z. B., dass bei Abrechnung auf Basis eines Selbstkos-tenerstattungspreises keine Erstattung von 100 % der Kosten, sondern z. B. nur von 90 % der Kosten (ausdrücklich) vereinbart wird.</p>	<p><input type="checkbox"/> Ja</p>	<p><input type="checkbox"/> Nein</p>

**H I N W E I S:**

Werden alle drei der zuvor genannten Voraussetzungen – also von Ziffer **(1)** bis **(3)** – der Rückausnahme bejaht, MUSS demnach ausgeschrieben werden!

**H I N W E I S:**

Fällt hingegen eine der drei Voraussetzungen – also eine von Ziffer **(1)** bis **(3)** – der Rückausnahme weg, bleibt die Auftragsvergabe, die sämtliche grün markierten Voraussetzungen erfüllt hat, grundsätzlich vergaberechtsfrei, wenn keine sonstigen einzelfallbezogenen Sonderausnahmen\*\*) vorliegen; ein Vergabeverfahren ist dann **NICHT** erforderlich.